

LEGISLACIÓN DE URGENCIA Y DERECHO A LA SALUD: CONSIDERACIONES AL HILO DE LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO

Nuria Ruiz Palazuelos
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. Planteamiento. II. El Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016. III. El Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. IV. Sobre el presupuesto de hecho habilitante del Decreto-Ley: la necesaria exigencia de una motivación adecuada y precisa. V. Sobre el ámbito material del Decreto-Ley en relación al Derecho a la Protección de la Salud del artículo 43 CE. VI. A modo de conclusión.

I. PLANTEAMIENTO

La figura del Decreto-Ley ha sido utilizada para dar cobertura a las dos últimas grandes reformas estructurales de nuestro Sistema Nacional de Salud. Dos reformas, en efecto, de muy distinto signo político, pero de importantísimo alcance en ambos casos, y, por tanto, de sustanciales repercusiones para la protección del derecho a la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución. La primera, la llevada a cabo por el Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, y la segunda, la operada por el Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. No se trata de una constatación inane, antes bien, es reflejo de un problema de fondo que padece nuestro sistema constitucional, que se viene arrastrando desde hace ya muchos años con el beneplácito del Tribunal Constitucional y que ha invertido la relación entre regla y excepción en el desarrollo de la praxis legislativa. Dicho de otro modo: lo ordinario parece ser ahora el recurso a la legislación de urgencia y lo verdaderamente extraordinario, el desarrollo de un procedimiento legislativo en sentido estricto.

No es la primera ocasión en que esta patología es puesta de manifiesto entre nosotros. Son, por el contrario, muchas y muy acreditadas las voces que han alertado de esta situación más allá del estricto ámbito del derecho a la salud. Entre ellas, es preciso mencionar la de Javier SALAS, uno de los primeros autores en advertir del riesgo de adulteración de los postulados constitucionales del Decreto-Ley al amparo de una jurisprudencia constitucional excesivamente deferente con el Gobierno¹. Algo que también ha sido recordado por L. MARTÍN REBOLLO en un trabajo más reciente sobre el que más adelante volveremos, en el que se muestra igualmente crítico con el uso y *abuso* que se ha venido haciendo de esta figura².

1 SALAS, J., «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 267 y ss.

2 MARTÍN REBOLLO, L., «Uso y abuso del Decreto-Ley: un análisis empírico», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015, pp. 23-92. Con posterioridad, este trabajo fue recogido en BANO, J.-M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado (Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, t. I, Madrid, 2016; así como en MARTÍN

En el ámbito más específico del derecho a la salud, tampoco la cuestión ha estado exenta de polémica. En efecto, desde que la primera de las normas citadas —el Decreto-Ley 16/2012— viera la luz, varios fueron los autores que le dedicaron sus reflexiones desde una perspectiva crítica, tanto en relación al fondo de su articulado como al presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad³. Hasta tal punto resultó controvertida la norma en cuestión, que no tardó en ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto por la sentencia 139/2016, a la que aquí nos vamos a referir. Una sentencia interesante, que declaró sólo parcialmente la inconstitucionalidad de la norma de urgencia y que contó con los votos particulares de tres magistrados, circunstancia que de por sí nos pone en la pista de la controversia suscitada por la referida norma.

Han pasado tres años desde esta sentencia constitucional y el más reciente Decreto-Ley 7/2018 reaviva los interrogantes acerca del lugar que ha de ocupar la legislación de urgencia en el ámbito del derecho a la salud del artículo 43 de la Constitución. Las páginas que siguen pretenden reabrir este debate al hilo de la argumentación desarrollada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 139/2016. Dos son, en este sentido, los puntos que serán analizados. Por un lado, la cuestión del ámbito *material* del Decreto-Ley en el marco del derecho a la salud y, por otro, el *presupuesto de hecho habilitante* de la extraordinaria y urgente necesidad. Como la línea argumental de la

sentencia constitucional va a ser el eje sobre el que se estructuran estas reflexiones, no está de más referirse, con carácter previo, al caso que en aquel momento fue objeto del enjuiciamiento constitucional.

II. EL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 139/2016.

El preámbulo del Decreto-Ley 16/2012 afirmaba que «la situación de grave dificultad económica sin precedentes» que padecía el Sistema Nacional de Salud hacía «imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista». Esta apretada referencia resume bien la circunstancia en la que el Gobierno se apoyaba para justificar la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86 CE y, en consecuencia, la reforma llevada a cabo a través del instrumento normativo del Decreto-Ley. Si esta situación de grave crisis económica constituía, para el Gobierno, el presupuesto de hecho habilitante, las medidas para garantizar la sostenibilidad del sistema eran algo más variadas. Una de las más importantes y que más eco tuvo en el ámbito de nuestra doctrina fue la de la exclusión de la cobertura sanitaria de los extranjeros en situación irregular, de la que hasta entonces venían disfrutando por el hecho de residir en España⁴. La norma introducía, además, una nueva categorización de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud para incluir, en ciertos supuestos, el copago por parte del usuario, así como nuevas medidas sobre la prestación farmacéutica y las aportaciones que corresponden al usuario. El Decreto-Ley incluía, en fin, algunas disposiciones de porte competencial, en concreto, en relación al reconocimiento del derecho a la salud, que pasaba de las Comunidades Autónomas al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al Decreto-Ley 16/2012 provenía del Parlamento de Navarra, que alegaba varios motivos, conducibles a cuatro grandes grupos. Por una parte, se discutía la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. En segundo lugar, y en cuanto al fondo, se aducía la

REBOLLO, L., *40 años de Derecho administrativo postconstitucional y otros ensayos destacados*, Thomson Reuters-Aranza, Cizur Menor, 2017, pp. 221-248.

3 A título de ejemplo: J. CANTERO MARTÍNEZ: «Asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia en España», en VVAA, *Tratado de Derecho sanitario*, v. I, Thomson Reuters-Aranza, Cizur Menor, 2013, pp. 553-598; «Crisis y mutación del servicio público sanitario en España», en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, 2016, pp. 251-276; «Constitución y derecho a la protección de la salud, ¿existe algún límite frente a los recortes sanitarios?», en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 8, 2013, pp. 1-26; «A vueltas con el Decreto-Ley 16/2012 y sus medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud», en *Gaceta Sanitaria* 2014, 28 (5), pp. 351-353; «Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas (una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el Estado español)», en *Derecho y salud (ejemplar dedicado al XXIII Congreso Derecho y Salud)*, vol. 24, núm. Extra (1), 2014, pp. 108-132; CANTERO MARTÍNEZ, J., y GARRIDO, N., «Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014, pp. 89-12. Igualmente, de DELGADO DEL RINCÓN, L.-E.: *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (en especial: pp. 43-77).

4 Sobre esta cuestión, vid. los trabajos de J. CANTERO: «Asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario...», *op. cit.*, pp. 553 y ss.; «Crisis y mutación del servicio público sanitario...», *op. cit.*, pp. 251-276 y los demás citados en la nota 3.

vulneración del contenido esencial del derecho a la salud (artículo 43 CE). Se afirmaba, en tercer lugar, la extralimitación material del Decreto-Ley por entrar a regular aspectos que afectaban a un derecho reconocido en el Título I de la Constitución, así como la violación de la reserva de Ley por su remisión en blanco a un reglamento llamado a regular aspectos esenciales del derecho. Y, en fin, se alegaba, en ciertos aspectos, la extralimitación por parte del Estado al regular materias de la competencia de las Comunidades Autónomas. No tiene sentido dar cuenta de todos estos argumentos con detalle, pues sólo algunos guardan directa relación con el asunto que aquí interesa, que es el de los límites del Decreto-Ley establecidos en el artículo 86 de la Constitución. Estos sí merecen una cierta explicación.

En lo que se refiere al *presupuesto de hecho de la extraordinaria y urgente necesidad*, el Parlamento de Navarra entendía que las razones que daba el Gobierno para justificar su dictado, tales como perseguir la solvencia y viabilidad del sistema, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala, ganar en cohesión territorial, coordinar los servicios sanitarios y garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera de servicios comunes...resultaban «sumamente generales para justificar la adopción de un instrumento normativo excepcional». Así, a juicio del recurrente, el Gobierno no aportaba ninguna explicación convincente para justificar ciertas medidas como la exclusión de algunos colectivos (en especial, los extranjeros en situación irregular) de la asistencia sanitaria gratuita. Se negaba, en definitiva, la debida conexión entre la situación definida por el Gobierno como de extraordinaria y urgente necesidad y las soluciones que adoptaba para hacerla frente, una conexión que ha venido siendo exigida por una consolidada jurisprudencia constitucional, sintetizada en la STC 137/2011.

En el recurso de inconstitucionalidad se alegaba, igualmente, infracción del artículo 86 de la Constitución en lo relativo a los *límites materiales* del Decreto-Ley. Según se argumentaba, la norma afectaba directamente al derecho a la salud porque «convierte un sistema universalista de protección de la salud y acceso a la asistencia sanitaria pública en un sistema de aseguramiento». Según la demanda, la determinación de las vías que posibilitan el acceso a la asistencia sanitaria pública constituía una parte esencial del derecho que no podía ser regulada mediante Decreto-Ley. Y lo mismo se predicaba de otras medidas incluidas en la norma, como la inclusión de un sistema de copago para algunas prestaciones, hasta entonces

inexistente en el sistema. Ninguna de estas cuestiones, a juicio del recurrente, podían ser reguladas a través de un Decreto-Ley. Añadía, además, que ciertos aspectos como la regulación de la llamada cartera complementaria y la cesión de datos tributarios por parte de la Hacienda de Navarra también le estaban vedadas al Decreto-Ley, según el artículo 86 CE, por afectar al régimen de las Comunidades Autónomas.

¿Y cuál fue la respuesta del Tribunal Constitucional a cada una de estas cuestiones? En cuanto al presupuesto de hecho habilitante, el Tribunal recuerda su doctrina, recogida, entre otras, en las SSTC 100/2012, 237/2012 y 39/2013, según la cual el Gobierno dispone de un margen de apreciación de carácter político, que es no obstante controlable por el Tribunal en caso de uso abusivo o arbitrario. Exige, además, que exista una necesaria «conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-Ley se adoptan». Y recuerda asimismo que el propio Tribunal ha validado en otras ocasiones la utilización de esta figura normativa en supuestos de «coyunturas económicas problemáticas», aunque la norma contenga una reforma estructural del sistema, extremo que no impide radicalmente el uso de la legislación de urgencia.

Siguiendo este planteamiento, el Tribunal entra entonces a valorar si en el supuesto en cuestión se daban o no tales condiciones para concluir que «el Gobierno ha cumplido la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”», puesto que «se ha ofrecido una justificación general basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde la creación del Sistema Nacional de Salud» y «[d]e ello se desprende que las reformas que se proponen tratan de hacer frente a una situación excepcional, actuando para impedir que la situación económica del Sistema Nacional de Salud se vuelva irreversible». En lo que hace a la conexión entre la situación calificada de urgente y las medidas adoptadas, como la exclusión de ciertos colectivos de la asistencia sanitaria, el Tribunal da una explicación que merece la pena transcribir: «[E]s posible concluir que la regulación que ahora se examina es una opción adoptada por el Gobierno con la finalidad de concretar, en aras [del] ahorro de costes y [de]⁵ la mejora de la eficiencia del sistema, los sujetos que tienen la condición de asegurados o beneficiarios del

⁵ En el original se utiliza erróneamente la expresión “en aras a”.

Sistema Nacional de Salud, así como también, para definir [...] aquellos colectivos que quedan extramuros de la asistencia sanitaria financiada con fondos públicos. Por tanto, sin entrar en valoraciones que no nos corresponden en relación con el grado de consecución del objetivo de ahorro pretendido, la nueva concepción de asegurado y beneficiario [...] acredita las debidas condiciones de coherencia y congruencia, en relación con los problemas que se persigue solucionar [...]. En definitiva, existe para el Tribunal conexión entre la situación de urgencia y la medida en cuestión.

En relación al ámbito material en el que puede operar el Decreto-Ley y, frente a las alegaciones de la demanda de la afectación al derecho a la salud del artículo 43 CE, el Tribunal considera que este precepto constitucional se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, que necesariamente han de informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Y dado que estos preceptos sólo se pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan sus leyes de desarrollo, afirma en consecuencia que «el art. 43 CE [...] carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia»⁶.

Los razonamientos utilizados por el Tribunal en estos puntos no contaron con el acuerdo unánime de todos sus miembros, tal y como evidencian los votos particulares firmados por tres de sus magistrados, en los que se discute tanto la concurrencia del *presupuesto de hecho habilitante* como los argumentos utilizados por la sentencia para avalar el Decreto-Ley en lo concerniente a su ámbito material. En este sentido, el voto particular del magistrado Fernando Valdés –al que se adhiere la magistrada Adela Asúa– considera que la sentencia del Tribunal se apartó, en lo relativo a la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante, de su doctrina precedente en cuanto «renuncia a analizar con el obligado detalle si [...] el Gobierno ha ofrecido una explicación clara, precisa y razonada de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad» limitándose la sentencia, por el contrario, a traer a colación las dos grandes finalidades a las que obedece la reforma, como son la existencia de una grave situación de dificultad económica y la necesidad de hacer frente a los retos actuales de la asistencia sanitaria. Dicho de otro modo, la línea

argumental de la sentencia se basa, en este punto, según los discrepantes, en una alusión *genérica* a la grave situación de crisis económica, sin entrar a valorar si las concretas reformas adoptadas guardan relación directa con dicha situación.

En segundo lugar, y a propósito del ámbito material en el que puede operar el Decreto-Ley, los magistrados disidentes critican «el sumario argumento que fundamenta la desestimación, a saber: el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE, dada su ubicación sistemática en el texto constitucional, *no ostenta las características de derecho cuya regulación por Decreto-Ley impide el art. 86.1 CE*». Según el voto particular, la sentencia se instala en una preocupante senda, de aplicación preferente a los derechos sociales, que consiste en reinterpretar una doctrina anterior de manera silenciosa, esto es, sin anunciar el cambio y sin aprestar los motivos justificativos del propio cambio. En sus propias palabras: «[H]asta la actualidad, ninguna resolución de este Tribunal ha procedido a excluir del ámbito de aplicación de la cláusula de “no afectación” los principios rectores enunciados en el capítulo III, título I, CE». Un cambio en su doctrina de semejante intensidad habría requerido, a juicio de los suscriptores del voto particular, un relevante desarrollo argumentativo, dados los efectos expansivos que ello produce en el ámbito material de un poder normativo de carácter excepcional. Un desarrollo argumentativo que, sin embargo, no se da en la sentencia de la que se discrepa.

Si tiene sentido la exposición precedente es porque da cuenta de la intensidad de la problemática que en este supuesto se enjuiciaba. En efecto, el razonamiento que desarrolla el Tribunal Constitucional en esta sentencia resulta en muchos puntos excesivamente categórico, tal y como pone de relieve el voto particular mencionado, y ello determina una importante consecuencia: el Capítulo III del Título I de la Constitución (en nuestro caso, al artículo 43 CE) abre sus puertas, sin más matizaciones ni condiciones, a la legislación de urgencia. Ello es tanto como decir que, al interpretarse de modo tan flexible el límite material previsto en el artículo 86 CE, la única restricción con la que se encuentra el Gobierno para hacer uso del Decreto-Ley en el ámbito de los principios rectores es el presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. Con el añadido de que este requisito también ha sido interpretado de manera muy laxa por el Tribunal Constitucional. Por lo pronto, tal y como se acaba de examinar, las situaciones de crisis económica son motivo *casi* suficiente para hacer uso de la legislación de urgencia.

⁶ El único punto que merece, para el Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad es el de la remisión a la norma reglamentaria a fin de determinar el nivel de ingresos exigible a ciertos colectivos para poder acceder a la asistencia sanitaria.

Casi, porque esta referencia parece actuar a modo de *abracadabra* para justificar *per se* y sin mayores explicaciones cualquier tipo de medida, aunque no guarde una objetiva relación con la situación a la que se pretende hacer frente.

Más adelante volveré sobre estas cuestiones, pues a mi juicio la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en este pronunciamiento admite algunas observaciones críticas. Lo que sí conviene hacer notar desde este momento es que esta posición del Tribunal Constitucional frente un instrumento que la Constitución reserva para situaciones de urgencia, ha contribuido a que, en el ámbito de la protección a la salud, el uso del Decreto-Ley haya dejado de ser algo excepcional.

III. EL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

No ha sido necesario esperar demasiado tiempo para tener la primera muestra de lo que acaba de afirmarse. Apenas dos años después de la sentencia comentada y como consecuencia del cambio de Gobierno que tuvo lugar en junio de 2018, un nuevo Decreto-Ley se aprobó para regular en un sentido muy distinto el Sistema Nacional de Salud. Y, si en el anterior Decreto-Ley la justificación de la urgente necesidad de las medidas resultaba discutible y en ciertos puntos insuficiente, lo cierto es que en este último Decreto-Ley tal explicación es poco menos que inexistente. En efecto, el Gobierno, tras definir el acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y universalidad como un derecho primordial de toda persona y después de criticar el contenido de la norma precedente, pasa a sintetizar los objetivos de la disposición sin referirse a la urgencia hasta la última página de la exposición de motivos. Y lo hace afirmando que la necesidad de la reforma «es urgente e inmediata [...] en términos de salud individual y colectiva, ya que se debe asegurar que se adoptan las medidas para prevenir los riesgos potenciales que para la salud pública conlleva la no asistencia a colectivos que hayan fijado su residencia en España». Con esta lacónica declaración pretende el Gobierno dar cumplimiento a su deber de motivar la extraordinaria y urgente necesidad de las medidas adoptadas, lo que a todas luces parece insuficiente. Este defecto se hace aún más evidente cuando el Gobierno añade, inmediatamente después, que «siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha tenido en cuenta la necesaria conexión entre la situación de

urgencia descrita y las medidas que se adoptan en el presente Real Decreto-Ley, en relación directa y de congruencia con la situación que se trata de afrontar». ¿Cuál es la “situación de urgencia descrita” que se trata de afrontar? ¿Dónde se explica la conexión entre las diversas medidas y dicha situación? Cuesta encontrar en estas declaraciones las notas de *excepcionalidad, gravedad o imprevisibilidad* que según el Tribunal Constitucional determinarían la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las Leyes⁷. El deber de motivación del presupuesto de hecho se ha relajado en la praxis de este instrumento extraordinario que es el Decreto-Ley de manera cada vez más llamativa.

Ante esta realidad, considero que es preciso replantearse los límites constitucionales del Decreto-Ley en este tipo de supuestos si se quiere poner freno a la deriva que está tomando la cuestión en los últimos años, tanto en el plano general como en el ámbito más específico de la protección de la salud. Dos son, a mi juicio, los puntos sobre los que convendría reflexionar, al hilo de la argumentación desarrollada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016. Por un lado, la cuestión del deber de motivar la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante. Por otro, el tema de los límites materiales del Decreto-Ley en el concreto supuesto del artículo 43 de la Constitución.

IV. SOBRE EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE DEL DECRETO-LEY: LA NECESARIA EXIGENCIA DE UNA MOTIVACIÓN ADECUADA Y PRECISA

Las referencias de la STC 139/2016 a propósito del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad más arriba transcritas, reflejan bastante bien la doctrina que el Tribunal Constitucional ha mantenido a lo largo de los años sobre este requisito⁸. Lo que se exige, en definitiva, es que el Gobierno justifique que concurre este presupuesto fáctico, lo que debe ser objeto de control por el Tribunal cuando tal justificación no resulte razonable o suficiente⁹. Se exige, además, como también se ha dicho, que exista

⁷ STC 137/2011, de 14 de septiembre (Fundamento jurídico 7).

⁸ MARTÍN REBOLLO, L., «Uso y abuso del Decreto-Ley: un análisis empírico», *op. cit.*, pp. 227-230.

⁹ Vid., además de la sentencia comentada: STC 29/1982, de 31 de mayo (fundamento jurídico 3).

una *congruencia* entre los objetivos pretendidos y las medidas efectivamente adoptadas¹⁰, y que tales objetivos no puedan ser alcanzados a través del procedimiento legislativo ordinario¹¹, incluso tramitado por vía de urgencia.

Se trata de una doctrina que, formulada así, en abstracto, no parece que pueda ser objeto de demasiadas críticas desde una perspectiva constitucional. Este es un aspecto que conviene subrayar: el problema que aquí se revela no es tanto el planteamiento teórico que asume el Tribunal sobre esta cuestión sino la aplicación que hace del mismo en los concretos y específicos casos sometidos a su enjuiciamiento. Aquí es donde se muestra, a mi juicio, excesivamente deferente para con el Gobierno. Comparto, por tanto, las palabras de L. MARTÍN REBOLLO cuando afirma, a propósito de esta doctrina constitucional, que se trata «de un planteamiento ciertamente plausible que, sin embargo, no se compadece del todo con la experiencia práctica, dado que, sólo en escasas ocasiones [...] el Tribunal ha aplicado en lo concreto esa doctrina general»¹².

Es ciertamente lo que ocurre en el supuesto de la STC 139/2016, con la circunstancia añadida de estar, en este caso, ante la coyuntura de la crisis económica, contexto que, como se ha dicho, funciona casi a modo de *presunción de la urgencia de cualquier tipo de medida*. En efecto, el Tribunal Constitucional, tras exponer la mencionada doctrina, entra a valorar si, en el caso, se cumplen o no las exigencias de motivación del presupuesto de hecho habilitante, pero lo hace sin observar el debido rigor en dicha comprobación. Así, por ejemplo, si en el plano teórico afirma que es necesaria una debida *conexión* entre la situación de urgencia y las medidas adoptadas, en el supuesto concreto entiende que una referencia genérica por parte de Gobierno a la crisis económica es *suficiente* para dar por buenas todas las medidas que la disposición contiene, incluidas cuestiones tales como la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros, sin entrar a valorar de en qué medida son idóneas para alcanzar dicho objetivo¹³, tal y como apunta el voto

particular. Si en un plano general sostiene que es necesario que los objetivos del Decreto-Ley no puedan ser alcanzados a través del procedimiento legislativo, incluido el de carácter urgente, en el supuesto enjuiciado ni siquiera entra a comprobar si se cumple esta circunstancia.

Es aquí, insisto, donde la doctrina constitucional presenta su mayor quiebra y donde sería conveniente no tanto una reformulación, sino una aplicación más rigurosa por parte del Tribunal para que el instrumento del Decreto-Ley se mantenga –tal y como quiere la Constitución– en el ámbito de lo excepcional. Es cierto, como afirma I. DE OTTO, que este presupuesto de hecho habilitante no es ninguno de los estados excepcionales que regula el artículo 116 de la Constitución (alarma, excepción y sitio), sino una anomalía de *tono menor*¹⁴ (la cursiva es mía), y que tampoco puede interpretarse de tal modo que haga del Decreto-Ley una potestad ineficaz e incluso ilusoria¹⁵. Sin embargo, es necesario encontrar un punto de equilibrio entre este extremo y la situación en la que actualmente nos encontramos, donde casi podría decirse que lo *ilusorio* es el recurso a una Ley ordinaria para las reformas estructurales del Sistema Nacional de Salud.

No hay que olvidar que, sin llegar a los mencionados supuestos de los estados de excepción, alarma y sitio, el artículo 86 de la Constitución habla de una necesidad *extraordinaria y urgente*, y estos adjetivos añaden un *plus* a la necesidad base del presupuesto de hecho habilitante. En otras palabras y por lógico que parezca, no basta con que exista una mera necesidad de las medidas que pretenden adoptarse. La necesidad ha de ser extraordinaria (entendida como *imprevisible*)¹⁶ y, además, urgente. Y esta urgencia no

10 Por ejemplo: STC 332/2005, de 15 de diciembre (fundamento jurídico 6); STC 1/2012, de 13 de enero (fundamento jurídico 6).

11 STC 68/2007, de 28 de marzo (fundamento jurídico 8).

12 MARTÍN REBOLLO, L., «Uso y abuso del Decreto-Ley...», *op. cit.*, p. 229.

13 En este sentido, conviene recordar lo que a propósito de esta medida han manifestado ciertas voces de nuestra doctrina como J. CANTERO: «[E]n relación con el uso que se hace del sistema sanitario, la población de origen extranjero utiliza con

menor frecuencia que la autóctona la mayoría de los servicios sanitarios. Las mayores diferencias están en la visita al médico especialista y los servicios preventivos. En el caso de la consulta al médico general y la hospitalización, estas diferencias son menores de modo tal que, según ha puesto de manifiesto el estudio realizado por la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, mientras los españoles van al médico de cabecera una media de 8,3 veces al año, los inmigrantes acuden en 4,7 ocasiones. A pesar, pues, de estas percepciones, el uso de la atención sanitaria por parte de la población extranjera dista mucho de ser un abuso y su influencia en la atención sanitaria es mucho menor que la de los españoles»: «Asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia en España», *op. cit.*, p. 558.

14 DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 197.

15 *Ibid.*, p. 197.

16 *Ibid.*, p. 198.

puede valorarse en abstracto, recurriendo a criterios generales como el de la crisis económica, sino que ha de medirse, tal y como el propio Tribunal Constitucional admite, en relación al tiempo que transcurriría de optarse por la tramitación de un procedimiento legislativo urgente. La cuestión que habría que plantearse en cada caso es, por tanto, la de si la tramitación de un procedimiento parlamentario *durante algunos meses* limitaría la eficacia de la medida prevista. En el caso del primero de los Decretos-Leyes estudiados, la respuesta sería discutible. En el caso del último, claramente negativa.

V. SOBRE EL ÁMBITO MATERIAL DEL DECRETO-LEY EN RELACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL ARTÍCULO 43 CE

No menos interesante que lo anterior resulta la cuestión del ámbito material en el que puede válidamente operar la legislación de urgencia y la argumentación desarrollada por el Tribunal Constitucional en relación al artículo 43 de la Constitución. Una argumentación escueta en exceso pero que, por su formulación en términos absolutos, tiene repercusiones fundamentales para el futuro. Lo que el Tribunal afirma, recuérdese, es que el artículo 43 no reconoce un auténtico derecho subjetivo a la protección de la salud sino un mero principio rector, dada su ubicación en el Capítulo III del Título I de la Constitución. Y que, por esta razón, su regulación a través de un Decreto-Ley no presenta ningún obstáculo desde el punto de vista material.

No se trata, en realidad, de un debate nuevo. Muy al contrario, desde hace años existe en la doctrina una interesante discusión acerca de la naturaleza del derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE y las posiciones al respecto son muy variadas. Un grupo de autores encabezado por DEL REY GUANTER o FERNÁNDEZ PASTRANA¹⁷ afirma que el referido precepto constitucional no reconoce, por su ubicación, un verdadero derecho subjetivo. En palabras del primero: «[A] pesar del término utilizado, y coherentemente con el ámbito de los principios en el que se encuentra el artículo 43 CE, no estamos ante un verdadero derecho subjetivo, al menos en el sentido utilizado por la Constitución

en otros preceptos»¹⁸. Otros autores como LOPERENA ROTA¹⁹, PEDREIRA ANDRADE²⁰ o PEMÁN GAVÍN²¹ consideran, en cambio, la protección de la salud como un derecho individual. Este último, por ejemplo, sostiene que, aunque el derecho a la salud presenta los problemas propios de todos los derechos sociales —como su estrecha dependencia con el desarrollo económico y social de un país, el problema de su configuración o no como derecho subjetivo plenamente justiciable— ello no justifica una posición negacionista o desdeñosa respecto de los mismos desde un punto de vista jurídico²². Por su parte, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA ha afirmado que «materialmente, es decir, por lo que tiene que ver con la relevancia de su contenido, se trata de un derecho fundamental en la medida de la relación de dicho derecho con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona»²³. En consecuencia, para este autor, la protección de la salud constituye un derecho, aunque su reconocimiento quede delimitado por los concretos términos legales.

No cabe duda de que la cuestión está, cuanto menos, sujeta a interpretaciones. Y ello porque, tal y como ha señalado L. MARTÍN-RETORTILLO, al hablar de derechos «nos movemos en un margen de conceptos que ofrece tantas veces tomas de postura contradictorias de los autores, del legislador o incluso del propio Tribunal Constitucional»²⁴.

18 DEL REY GUANTER, S., «El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional», en *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 162.

19 LOPERENA ROTA, D.-I., «La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II (*De los derechos y deberes fundamentales*), Civitas, Madrid, 1991, p. 1464.

20 PEDREIRA ANDRADE, A., «Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud», *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 1992, pp. 101-111.

21 PEMÁN GAVÍN, J.-M., «El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, 2009, p. 40 y ss.

22 *Ibid.*, p. 39-40.

23 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.-J., «Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico», en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 89, 2006, p. 16.

24 MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, p. 54. El autor cita en este punto la STC

17 FERNÁNDEZ PASTRANA, J.-M., *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 55 y ss.

Se trata, en efecto, de un *terreno movedizo*, como también indica este autor, donde es común la versatilidad o ambigüedad de palabras y conceptos²⁵. En el caso del artículo 43 de la Constitución, ningún jurista duda de su ubicación sistemática en el texto constitucional y de las consecuencias que de ello se desprenden en orden a su protección jurisdiccional, de la misma manera que nadie pretende asimilarlo a los derechos fundamentales en sentido estricto.

Aun aceptando esto, tampoco parece que negar la naturaleza de derecho subjetivo al de la protección de la salud en términos categóricos esté libre de objeciones, sobre todo porque la cuestión puede admitir otros enfoques. No hay que olvidar que, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y los Tratados Internacionales ratificados por España, la protección de la salud es considerada como un derecho y ello condiciona, según el artículo 10.2 CE, la interpretación de los derechos fundamentales y libertades de la Constitución. En este sentido, por ejemplo, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 reconoce expresamente en su artículo 12 el derecho a la protección de la salud, así como el artículo 35 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* —con el mismo carácter vinculante que los Tratados desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009—, que reconoce a toda persona el derecho la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. El hecho de que sea un derecho de configuración legal no obsta para negarles categóricamente dicha naturaleza ni para obviar las garantías que les son aplicables²⁶.

Es cierto que el examen que realiza el Tribunal Constitucional en estos casos parte estrictamente del tenor del texto constitucional²⁷ y que, en consecuencia,

78/1983, de 3 de agosto, en la que el Tribunal Constitucional afirmó que «el art. 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos», mientras que en su STC 76/1983, de 5 de agosto sostiene que «la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo [...]»: *ibid.*, p. 54.

25 *Ibid.*, p. 54.

26 Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO, I., *Derechos fundamentales...op. cit.*, p. 77.

27 Este es el argumento que utiliza el Tribunal Constitucional en su reciente STC 32/2019 a propósito de la interpretación del art. 47 CE a la luz de los textos internacionales: «[N]i siquiera en la hipótesis de que el art. 47 CE reconociese un derecho fundamental —lo que no es el caso— cabría admitir que los textos internacionales sobre derechos humanos invocados por los recurrentes constituyesen canon para el control de constitucionalidad de la regulación legal impugnada. Este Tribunal

desde un estricto canon de constitucionalidad, puede ser discutible la consideración del artículo 43 CE como un derecho subjetivo en sentido estricto²⁸. Sin embargo, conviene recordar un punto importante en el que todos los autores parecen estar de acuerdo: *incluso desde el prisma que ofrece el texto constitucional*, el derecho a la salud no existe de manera autónoma, sino que guarda una directa conexión con otros derechos y libertades reconocidos en la Constitución, como la dignidad de la persona o el mismo derecho a la vida y la integridad física del artículo 15, algo que ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional²⁹ y también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰. Y esto es un elemento que habría que tener en cuenta a la hora de plantear el debate.

tiene reiteradamente declarado, y procede recordarlo una vez más, que la utilidad hermenéutica de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, no convierte a tales instrumentos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales» (fundamento jurídico 6).

Sin embargo, tal y como afirma el voto particular formulado por la magistrada M.-L. BALAGUER CALLEJÓN: «No existe una exclusión explícita referida a los principios rectores, en relación con el mandato contenido en el art. 10.2 CE. La STC 199/1996, de 3 de diciembre (FJ 3), puede ser citada como ejemplo la exégesis del art. 45.1 CE (derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado) a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la STC 139/2016, de 21 de julio, acude a una pluralidad de fuentes internacionales para interpretar el alcance del art. 43 CE, es decir del derecho a la salud. Como último ejemplo, en este mismo sentido, el art. 39.4 CE, relativo a los derechos de la infancia, permite interpretar, por mandato directo y perfectamente coherente con lo que dispone el art. 10.2 CE, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a la luz de lo dispuesto en la Convención de los derechos del niño [...]».

28 Como señala J. CANTERO MARTÍNEZ: «Lo cierto y verdad, no obstante y sin negar el importantísimo papel que cumple este derecho, es que nuestro constituyente ha sido bastante claro a la hora de determinar su valor. Ha querido que dicho precepto informe meramente la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, de tal forma que su cumplimiento sólo puede ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponen las normas que lo desarrollan»: «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, 2008, p. 21.

29 Auto del Tribunal Constitucional 239/2012, de 12 de diciembre, en el que se afirma: «[S]i, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE, que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asuntos *VO c. Francia de 8 de julio de 2004*), resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles».

30 STEDH de 8 de julio de 2004, asunto *VO c. Francia*, citada por el ATC 239/2012.

En cualquier caso y con independencia de la respuesta que pueda darse a este asunto, lo verdaderamente criticable es la manera que tiene el Tribunal Constitucional de despachar la cuestión en la sentencia comentada. Entiendo que un tema que ha generado un debate tan intenso en la doctrina más acreditada habría exigido mayor detenimiento por parte del Tribunal y un análisis de la cuestión que tomara en consideración todas sus perspectivas. No me parece que una conclusión tan tajante como la que se desprende de la incondicionada admisión del Decreto-Ley en relación al artículo 43 de la Constitución, sea la más pertinente en el contexto actual de uso e incluso abuso por parte del Gobierno de la legislación de urgencia. Una cosa es que en relación al Capítulo III del Título I de la Constitución, el Decreto-Ley tenga un margen de maniobra mucho mayor del que pueda tener respecto de la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título I y otra que se cierre el debate con afirmaciones apodícticas y sin más matizaciones. No hay que olvidar que, por mucho que pueda discutirse si el artículo 43 CE reconoce o no un auténtico derecho individual, el artículo 86.1 CE, al regular el ámbito material de prohibición del Decreto-Ley, se refiere a todo el Título I y no únicamente al Capítulo II, y esta opción del constituyente no puede ser obviada con un planteamiento tan radical y absoluto como el plasmado en la STC 139/2016.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

No cabe duda de que las ideas expuestas en las líneas anteriores podrían ser objeto de mayores desarrollos, y no es el propósito de este trabajo agotar el debate sobre la cuestión. Con todo y llegados a este punto, es posible cerrar estas líneas con una reflexión, a modo de conclusión. Todo cuanto se ha dicho viene a confirmar la idea expresada al comienzo de este trabajo, esto es, que en los últimos años la legislación de urgencia está ocupando, en el ámbito del derecho a la protección de la salud, un lugar que no parece corresponderle según el texto constitucional. Ello es reflejo, en realidad, de una tendencia de mayor calado denunciada ya por la doctrina³¹, la de una inconcusa alteración o perversión de los papeles que, en línea de principio, deben corresponder al Gobierno y al Parlamento en el desenvolvimiento de una praxis ortodoxa legislativa.

No puede decirse que la causa exclusiva de todo ello sea la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en la materia, pero sí se puede afirmar que su laxa interpretación de las exigencias del artículo 86 CE ha contribuido a que el Gobierno encuentre cada vez menos obstáculos en el empleo de este instrumento normativo de carácter extraordinario. Sin perjuicio de que el debate quede abierto, creo que una de las vías para solucionar esta patología es la de una revisión de la doctrina constitucional, tanto en lo relativo al presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad, como en relación al ámbito material del Decreto-Ley.

31. Baste, por todos, la remisión al citado trabajo de L. MARTÍN REBOLLO, «Uso y abuso del Decreto-Ley: ...», *op. cit.*, así como a todos los trabajos por él citados.